

Rec. nº96/ A/99

Proc.:R-2316/98

Data:30.12.1999

Área: Açores

Assunto:FUNÇÃO PÚBLICA - DOCENTE - ESTATUTO REMUNERATÓRIO - CONTRATO ADMINISTRATIVO - ÍNDICES - PRINCÍPIO TRABALHO IGUAL SALARIO IGUAL

Sequência: Sem resposta

I- Introdução

A coberto do ofício nº ..., recomendei a Sua Excelência o Presidente do Governo Regional dos Açores que o pessoal docente em exercício transitório de funções ao abrigo de contrato administrativo, portador de grau académico superior mas sem habilitação própria para o grupo em que lecciona, fosse remunerado, na Região Autónoma dos Açores, pelo índice salarial 120.

Na sequência desta minha Recomendação nº 8/98, Vossa Excelência proferiu, em 18/03/98, o despacho D/SREAS/98/56 cujo teor transcrevo na íntegra:

A remuneração do pessoal docente contratado sem habilitação própria e titular de licenciatura tem sido efectuada na Região pelo índice 84, tendo presente os contornos pelos quais se processa a prestação da função docente, bem como o estipulado no respectivo estatuto remuneratório, aprovado pelo Decreto- Lei nº 409/89, de 18 de Novembro.

Tal orientação da Secretaria Regional da Educação e Assuntos Sociais sempre resultou do facto de que, para efeitos remuneratórios, existe a necessidade de distinguir entre os docentes integrados na carreira e os meros "agentes de ensino", bem como atentar às habilitações para a docência de que os mesmos sejam portadores, com os efeitos daí decorrentes.

Com efeito, de acordo com o nº 1 do artigo 2º do Estatuto da Carreira Docente, aprovado pelo Decreto- Lei nº 409- A/90, de 28 de Abril, e alterado pelos Decretos- Lei nºs 105/97, de 29 de Abril, e, 1/98 de 2 de Janeiro, aplicado à Região com as adaptações introduzidos pelo Decreto Legislativo Regional nº 17/90/ A, de 6 de Novembro, conjugado com o nº 1 do artigo 3º do Decreto- Lei nº 409/89, de 18 de Novembro, considera- se pessoal docente aquele que é portador de qualificação profissional para desempenho de funções de educação ou de ensino com carácter permanente sequencial e sistemático.

Assim, e no que diz respeito ao pessoal detentor de formação inicial de nível superior, a qualificação para a docência é aferida de acordo com as habilitações que se encontram previstas no Despacho Normativo nº 32/84, de 9 de Fevereiro, aditado pelos Despachos Normativos nºs 112/84, de 28 de Maio; 23/85, de 8 de Abril; 11- A/86, de 12 de Fevereiro; 1- A/95, de 6 de Janeiro; 52/96, de 9 de Dezembro; 7/97, de 7 de Fevereiro; 15/97, de 31 de Março e 10- B/98, de 5 de Fevereiro, e que serão consideradas como próprias ou suficientes para leccionação.

Para os professores integrados na carreira, a sua relação jurídica de emprego reveste a forma de nomeação que pode ser provisória ou definitiva, enquanto que, para efeitos do exercício transitório de funções docentes, a "vinculação" do pessoal docente reveste a forma de contrato administrativo.

O nº 3 do artigo 12º do Decreto- Lei nº 409/89, de 18 de Novembro, determina que "ao exercício de funções docentes em regime de contrato administrativo de provimento corresponderá remuneração a fixar no respectivo contrato, a qual não poderá ser inferior ao vencimento dos docentes integrados na carreira, em escalão equiparável".

Considerando que, nos termos do nº 2 do artigo 7º do referido diploma, "os docentes profissionalizados com licenciatura ingressam no 3º escalão da carreira docente", e que o ingresso nesta depende da aquisição de qualificação profissional, apenas serão remunerados pelo índice 130 os docentes contratados que sejam titulares de habilitação própria para a docência - conjugação do disposto no artigo 6º do Decreto- Lei nº 409/89 e artigo 32º do Estatuto da Carreira Docente, com o nº 3 do artigo 3º do Decreto- Lei nº 139- A/90, de 28 de Abril.

Logo, a escala indiciária constante do anexo I do Decreto- Lei nº 409/89 é aplicável aos docentes integrados na carreira e aos contratados titulares de habilitação própria.

Das disposições conjugadas dos artigos 2º, nº 1; 3º, nº 1 e 12º, nº 1 do diploma citado, resulta que o regime remuneratório previsto no seu anexo I aplica- se ao pessoal docente, considerando- se este apenas como aquele que é portador de qualificação profissional ou habilitação própria e que se encontre integrado na carreira ou em pré- carreira.

O pessoal que exerce funções docentes sem habilitação própria mediante contrato administrativo, não poderá ser qualificado de "docente" no sentido estrito do termo, mas de "agentes do ensino", constituindo uma excepção dentro do corpo especial para colmatar provisoriamente lacunas do sistema.

Assim sendo, e tal como já sucedia no anterior estatuto remuneratório aprovado pelo Decreto- Lei nº 100/86, de 17 de Maio, a remuneração deste pessoal tem de ser diferenciada da dos docentes portadores de habilitação própria com formação de grau superior.

Pelo que a Secretaria de Educação e Assuntos Sociais/ Direcção Regional da Educação sempre considerou ser necessária a aplicação do anexo III do Decreto- Lei nº 409/89, único modo de contemplar a nível remuneratório a situação excepcional desses agentes de ensino, remunerando- os pelo índice 84.

No entanto, a nível da Administração Central e em cumprimento do despacho de 92/09/25 do então Secretário de Estado dos Recursos Educativos, foi decidido abonar os referidos agentes de ensino pelo índice 120, orientação transmitida pela Circular nº 31/92, da Direcção- Geral de Administração Escolar aos serviços directamente dependentes do Ministério da Educação.

A discrepância verificada a nível remuneratório entre esta Região e a Administração Central originou inúmeras reclamações remetidas pelos interessados à Provedoria de Justiça, cujo processo culminou com a Recomendação nº 8/98, do Provedor de Justiça.

Considerando o teor da referida recomendação, bem como a política de uniformização que urge implementar a nível do processamento de remunerações do pessoal docente desta Região, determino:

O pessoal docente contratado (agentes de ensino) sem habilitação própria e titular de licenciatura, passa a ser remunerado pelo índice 120, com efeitos reportados a 1 de Abril de 1998.

Através dos ofícios nºs ..., este Órgão do Estado questionou a posição do Governo Regional dos Açores sobre a natureza do supra mencionado despacho. Como então era referido, esta pretensão prendia- se com a circunstância da última parte do despacho de 18/03/98 referir ter "(...) efeitos reportados a 1 de Abril de 1998".

A resposta foi prestada através do ofício nº ..., nos seguintes termos:

A motivação que conduziu a que os efeitos do despacho em apreço fossem reportados a 1 de Abril de 1998, teve unicamente a ver com a data em que o mesmo foi proferido - 18/03/98 - não existindo qualquer imperativo legal que determine o pagamento pelo índice 120 aos agentes de ensino em questão, nem tão pouco a retroacção dos efeitos do despacho. Apenas se pretendeu satisfazer um pedido sem enquadramento legal, mas que se reporta a um índice remuneratório aplicado a nível da Administração Central de forma diversa da Região - na Região, insiste- se, sempre se cumpriu a Lei - ocasionando os protestos de que V. Ex^a. tem conhecimento.

Para melhor enquadramento e esclarecimento, informa- se que na Administração Central foi publicado a Portaria Nº 367/98, de 29 de Junho, fixando as regras de contratação de pessoal docente e as respectivas remunerações.

Esclarece- se, ainda, que na Região, para o corrente ano escolar, foi decidido continuar a aplicar- se as remunerações impostas por Lei, sem prejuízo de se continuar a aplicar o índice 120 aos contratados detentores de licenciatura e a exercer a sua actividade em grupo para o qual não têm habilitação legal (v.g. licenciado em Direito a dar aulas de Educação Física).

II- Exposição de Motivos

Da descrição que deixei feita importa destacar a circunstância de V.Ex^a. ter emitido um despacho - o D/ SREAS/98/56 acima transcrito - onde determinava que "o pessoal docente contratado (agentes de ensino) sem habilitação própria e titular de licenciatura, passa a ser remunerado pelo índice 120" (último §); e que essa esta determinação tinha "efeitos reportados a 1 de Abril de 1998" (último § in fine).

E, daqui, extraem- se desde logo algumas das questões que o presente processo suscita: a de saber se no âmbito da interpretação doutrinal pode a Administração determinar que uma norma passe a valer com certo sentido e alcance, e estabelecer o período da sua vigência; a de saber (no caso da resposta à primeira questão ser no sentido afirmativo) como compatibilizar esta posição como o regime jurídico- constitucional constante do artigo 115º da Constituição da República (adiante, CRP); e, na decorrência das conclusões que vieram a ser obtidas, a de saber qual o sentido a dar, no caso concreto, ao D/ SREAS/98/56.

Uma nota prévia: a situação que aqui nos ocupa, e motiva o debate que a partir dela se fará, é completamente distinta da referida na Recomendação nº 8/98. Com efeito, naquela discutia- se o índice remuneratório do pessoal docente em exercício transitório de funções, na Região Autónoma dos Açores, ao abrigo de contrato administrativo portador de grau académico superior mas sem habilitação própria para o grupo em que lecciona; aqui, diferentemente, discute- se o sentido das normas que sustentam a posição defendida pela Secretaria Regional da Educação e Assuntos Sociais e o âmbito temporal da sua aplicação. E da leitura do D/ SREAS/98/56, bem como do teor da resposta prestada através do ofício nº ..., desde logo avulta a questão da hierarquia das fontes do direito.

Comece- se por atentar no disposto no nº 6 do artigo 112º da CRP:

Artigo 112º

(Actos normativos)

(...)

6. Nenhuma Lei pode criar outras categorias de actos legislativos ou conferir a actos de outra natureza o poder de, com eficácia externa, interpretar, integrar, modificar, suspender ou revogar qualquer dos seus preceitos.

(...)

Como já ponderou o Conselho Consultivo da Procuradoria- Geral da República esta disposição "confirma o princípio da tipicidade dos actos legislativos, já proclamado no nº 1 do mesmo artigo"; mas, como acrescenta o mesmo corpo consultivo, esta norma constitucional "não proíbe todo e qualquer acto interpretativo das leis, mas apenas a interpretação autêntica de leis através de actos normativos não legislativos, ou de actos administrativos".

A este propósito deve lembrar- se a posição dominante na doutrina no sentido de que "o que o nº 6 do artigo 112º da Constituição proíbe é a possibilidade de a Lei conferir a diplomas de inferior grau hierárquico a faculdade de a interpretar autenticamente (e também de a integrar, modificar, suspender ou revogar) mas apenas se forem dotadas de eficácia externa" (cf. parecer nº 62/96 do Conselho Consultivo da Procuradoria- Geral da República, de 28/05/98, homologado por despacho do Ministro da Justiça de 21/07/98). Acresce, por outro lado, que sempre foi pacífico o entendimento de que a interpretação realizada pelas autoridades administrativas não vincula os tribunais . Ponderadas estas posições pode a presente análise partir de uma constatação simples: a interpretação feita pelas autoridades administrativas, vinculando embora os serviços por elas dirigidos, não é dotada de eficácia externa.

Com efeito, foi sendo posição pacificamente expandida a de que "o poder de direcção típico da relação de hierarquia administrativa integra, entre outras, a faculdade de emanar circulares interpretativas, ou seja, instruções gerais, vinculativas, dirigidas aos órgãos, funcionários ou agentes subalternos, acerca do sentido em que devem - mediante interpretação ou integração - entender as normas ou princípios jurídicos que, no âmbito do exercício das suas funções, lhes caiba aplicar" e que estas (circulares interpretativas) não são incompatíveis com o disposto no nº 6 do artigo 112º da CRP uma vez que não constituem actos com eficácia externa.

O poder de direcção próprio da relação hierárquica consubstancia- se na faculdade de emanar instrumentos interpretativos e, segundo parece, não tem sequer que estar habilitado por norma legal autónoma, no

pressuposto de que a Administração exerce aquele poder e estas faculdades nos limites das suas funções. Não obstante a imprecisão conceitual resultante da diversidade de designações já referida por PAULO OTERO, importa objectivar a definição destes actos a que, por conveniência e seguindo a doutrina alemã, chamarei de prescrições administrativas (Verwaltungsvorschriften), ou medidas genéricas de orientação.

Se o D/ SREAS/98/56 fosse susceptível de regular as relações do Estado e os cidadãos (se configurasse direito estadual, no sentido a que alude o artigo 1º do Código Civil) não poderia, em função do regime instituído pelo artigo 112º, nº 6 da CRP, constituir uma norma jurídica; mas não é.

Neste ponto faz todo o sentido voltar a ponderar o regime contido na norma constitucional relativa aos actos normativos e afirmar, recorrendo uma vez mais ao parecer que tenho vindo a referir, que "com o preceito em análise o que se pretendeu foi proibir a interpretação autêntica de leis através de actos normativos não legislativos (exemplo: os regulamentos), ou de actos administrativos (exemplo: despachos, directivas, etc.)". Mas afastada que está in limine a interpretação autêntica da legislação que disciplina a matéria do índice remuneratório do pessoal docente (ainda que contratado) não podemos senão qualificar o D/ SREAS/98/56 como uma circular administrativa que tem por destinatários a generalidade dos subordinados do Vossa Excelência, senhor Secretário Regional da Educação e Assuntos Sociais.

Então, como MÁRIO ESTEVES DE OLIVEIRA, "aceitamos a lição de Rogério Soares nesta matéria, quando defende a natureza jurídica destas normas internas considerando, portanto, ultrapassada a distinção entre regulamentos jurídicos, que produzem efeitos nas relações entre a Administração e os cidadãos em geral, e regulamentos administrativos, que incorporariam disposições referentes ao interior da Administração, logo, juridicamente irrelevantes. A consequência da quebra de sinonímia entre juridicidade e sindicabilidade obriga a que a distinção a fazer seja entre regulamentos internos e externos, assinalando-se, em qualquer caso, a respectiva juridicidade (...)" .

Ora, a acção da Secretaria Regional da Educação e Assuntos Sociais (Direcção Regional de Educação) em matéria de remuneração do pessoal docente não compreende características de discricionariedade, pelo que está afastada desde logo a classificação deste despacho na categoria de directiva: esta está enquadrada na actividade discricionária da Administração e, se bem que revele alguma autovinculação administrativa, não dispensa a "análise de todos os circunstancialismos do caso concreto" .

Como é bom de ver, o D/ SREAS/98/56 consubstancia uma (ou várias) instruções dirigidas aos subalternos e é uma norma geral e abstracta de aplicação imediata - razão pela qual distingue-se da directiva que pressupõe a análise dos circunstancialismos do caso concreto (aplicação não imediata). Melhor será, portanto, falar em circular administrativa - "comandos que se dirigem a uma generalidade de pessoas - titulares de órgãos, funcionários e agentes, subordinados da entidade emissora - e que, nessa medida, lhes impõem determinada conduta, obrigando-as a interpretar a Lei segundo determinada interpretação" , uma vez que enquanto normas jurídicas de âmbito interno a sua conformidade com o artigo 112º, nº 6 da CRP está salvaguardada, e isto não obstante a óbvia relevância que, de uma forma indirecta, possam vir a ter para os particulares interessados.

Chegados aqui estamos em condições de responder à questão (sobre a natureza jurídica do despacho) que fora colocada a Vossa Excelência através dos ofícios nºs ..., deste Órgão do Estado: o D/ SREAS/98/56 é um instrumento emanado no âmbito de uma relação hierárquica que integra um comando genérico que tem por finalidade a determinação do sentido em que o estatuto remuneratório do pessoal docente deve ser entendido e aplicado às situações dos docentes titulares de licenciatura que foram contratados na Região Autónoma dos Açores sem habilitação própria.

No caso em apreço não se justifica, sequer, falar em retroactividade. Com efeito, como vimos, não existiu nenhuma Lei interpretativa (até porque, como ficou dito, a interpretação autêntica apenas é admitida nas circunstâncias previstas no artigo 112º, nº 6 da CRP). A prescrição normativa existiu desde a entrada em vigor da disposição em causa e, em face das dúvidas surgidas sobre o seu sentido e a sua aplicação, foi emanado o D/ SREAS/98/56.

Nada mais seria necessário para concluir pela obrigatoriedade dos serviços dependentes da Secretaria Regional da Educação e Assuntos Sociais fazerem a aplicação do D/ SREAS/98/56 a todas as situações de docentes titulares de licenciatura que foram contratados na Região Autónoma dos Açores sem habilitação própria. E como decorre do teor do despacho em apreço, todos os subordinados hierárquicos do Secretário Regional da Educação e Assuntos Sociais devem obediência aquele comando desde o dia 1 de Abril de 1998.

Assim sendo, todos os processos relativos à remuneração de docentes titulares de licenciatura que foram

contratados na Região Autónoma dos Açores sem habilitação própria têm necessariamente de ser apreciados, após o dia 1 de Abril de 1998, tendo em conta os comandos constantes do D/ SREAS/98/56. E é absolutamente indiferente que os processos respeitem a períodos de prestação de serviço docente anteriores ou posteriores a 1 de Abril de 1998.

Em conclusão: o D/ SREAS/98/56 não é susceptível de fixar, com efeitos externos aos serviços da Secretaria Regional da Educação e Assuntos Sociais, a data de entrada em vigor do regime remuneratório do pessoal docente contratado.

Se assim não fosse, estar- se- ia não só a atribuir eficácia externa a um comando que configura, como vimos, uma circular administrativa como estar- se- ia a admitir a interpretação autêntica operada por uma norma hierarquicamente inferior à Lei interpretada - e ambas estas práticas estão constitucionalmente vedadas pelo artigo 112º, nº 6 da CRP.

Permita- se- me afirmar, uma vez mais, que o acatamento da minha Recomendação nº 8/98 configurou o melhor entendimento sobre a matéria da remuneração do pessoal docente contratado. Até porque, lembro, o artigo 59º, nº 1, alínea a) da CRP, estabelece o princípio fundamental para trabalho igual salário igual, sendo constitucional e moralmente inadmissível que o mesma pessoa seja remunerada, pela mesma prestação de trabalho e com base na mesma disposição legal, com salários díspares, apenas porque diferentes serviços do Estado têm, sobre a matéria, entendimentos distintos. E não se contraponha, neste domínio, com o princípio do regime autonómico insular pois que, antes deste, deve atender- se ao princípio do Estado unitário.

Por este facto, afirmar que "não [existe] qualquer imperativo legal que determine o pagamento pelo índice 120" (cf. ofício nº ..., da Secretaria Regional da Educação e Assuntos Sociais) apenas pode ser entendido como um lapso de escrita; de outra forma, constituiria a afirmação de uma violação grosseira do princípio da legalidade (artigo 3º, nº 1 do Código do Procedimento Administrativo) o que, estou certo, não foi pretendido.

III- Conclusões

Pelas razões que deixei expostas e no exercício do poder que me é conferido pelo disposto no artigo 20º, nº 1, alínea a), da Lei nº 9/91, de 9 de Abril, RECOMENDO que seja perfilhado o seguinte entendimento:

A remuneração pelo índice salarial 120 do pessoal docente em exercício transitório de funções ao abrigo de contrato administrativo, portador de grau académico superior mas sem habilitação própria para o grupo em que lecciona é devida na Região Autónoma dos Açores desde a data de entrada em vigor do diploma de âmbito nacional que o previu, e nos termos nele estipulados.

O PROVIDOR DE JUSTIÇA

JOSÉ MENÉRES PIMENTEL